



OLE-ANDREAS ROGNSTAD
HARALD IRGENS-JENSEN
KRISTINA STENVIK
INGER BERG ØRSTAVIK
EIRIK ØSTERUD

MARKEDSRETT

Innføring i markedsførings-,
konkurrans- og immaterialrett



MARKEDSRETT

Ole-Andreas Rognstad, Harald Irgens-Jensen,
Kristina Stenvik, Inger Berg Ørstavik, Eirik Østerud

MARKEDSRETT

*Innføring i markedsførings-, konkurranse-
og immaterialrett*

UNIVERSITETSFORLAGET

© Universitetsforlaget 2021

ISBN 978-82-15-04328-9

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

For enkelte illustrasjoner har det vært umulig å finne frem til rettmessig copyright-innehaver. Hvis vi på denne måten har krenket opphavsretten, har det skjedd ufrivillig og utilsiktet. Rettmessige krav i denne forbindelse vil bli honorert som om det var innhentet tillatelse på forhånd.

Omslag: Mette Gundersen
Sats: ottaBOK
Trykk: 07 Media – 07.no
Innbinding: Bokbinderiet Johnsen AS
Boken er satt med: Stempel Garamond 10,5/14
Papir: 90 g Arctic matt 1,0

Forord

Denne boken gir en innføring i fagområder som kan gå under samlebetegnelsen «markedsrett» – immaterialretten, vernet mot illojal konkurranse og konkurranseretten. Bakgrunnen for boken er opprettelsen av et bacheloremne i faget, med emnekode JUR 1285, ved Universitetet i Oslo i 2012. Forfatterne av boken har alle bidratt i undervisningen i emnet, og etter snart ni års erfaring har vi funnet behov for, og tid til, å lage en samlet fremstilling over fagområdene som inngår i samlebetegnelsen.

Boken er beregnet til bruk i undervisningen i emnet, og inneholder blant annet henvisninger til «casen» som brukes i undervisningen og som er tatt inn som vedlegg. Videre er det også hentet eksempler fra eksamensoppgaver, som finnes utlagt på fagets nettsider (søk: JUR1285 tidligere eksamensoppgaver). Bokens formål og innretning hindrer likevel ikke at vi mener den vil fungere som innføringsbok for alle som har interesse for fagområdene som dekkes. I denne forstand er målgruppen for boken langt videre enn studenter som tar faget ved UiO.

Til tross for at boken er et samarbeidsprosjekt, har ansvaret for kapitlene vært fordelt. Ole-Andreas Rognstad har skrevet kapitlene 1–6, Kristina Stenvik kapittel 7, Harald Irgens-Jensen kapitlene 8 og 10–14, Inger Berg Ørstavik kapittel 9 og Eirik Østerud kapitlene 15–18. Ole-Andreas Rognstad har vært initiativtaker til prosjektet og fungert som bokens redaktør, med ansvar for helheten.

Vi retter en særlig takk til vitenskapelige assistenter Gunnhild Frette Berge, Thea Rabe og Håvard Kristiansen for eminent og effektiv hjelp, de to førstnevnte til utarbeidelse av registre, og alle til korrekturlesning. Vi benytter også anledningen til å takke advokatene Are Stenvik, Gunnar Sørli og Eirik Basmo Ellingsen for viktige bidrag til undervisningen i faget i årenes løp.

Oslo, 28. november 2020

Ole-Andreas Rognstad, på vegne av forfatterne

Innhold

Forord	5
DEL I	
INNLEDNING	17
Kapittel 1	
Hva er «markedsrett»?	19
Kapittel 2	
Nærmere om forholdet mellom markedsrettens tre søyler	22
Kapittel 3	
Juridisk metode og rettskilder i markedsretten	24
3.1 Kort og generelt om juridisk metode	24
3.2 Generelt om rettskildene i markedsretten	26
3.3 Rettskildene i konkurranseretten	26
3.4 Rettskildene i immaterialretten	27
3.5 Rettskildene i markedsføringsloven mv.	28
Kapittel 4	
Oversikt over videre fremstilling	30
DEL II	
IMMATERIALRETTEEN	31
Kapittel 5	
Oversikt over immaterialrettighetene og tilgrensende regelsett	33
Kapittel 6	
Opphavsrett	41
6.1 Opphavsrett til åndsverk og nærstående rettigheter	41
6.2 Vilkår for vern	43

6.2.1	Åndsverk	43
a.	Åndsverk må være skapt av en fysisk person («opphaveren»)	43
b.	Verket må være «objektivt konstaterbart»	45
c.	Et åndsverk omfatter bare verkets form – ikke dets bakenforliggende ideer	46
d.	Verkshøyde-/originalitetskravet	48
e.	Vernetid og «vernekrets»	55
6.2.2	Nærstående prestasjoner	56
a.	Fotografiske bilder	56
b.	Databaser «sui generis»	57
c.	Utøvende kunstneres fremføring av verk	58
d.	Film- og lydopptaksprodusenters opptak	59
e.	Kringkastingsforetaks sendinger	59
f.	Annet	60
6.3	Rettighetssubjekter	61
6.3.1	Åndsverk	61
a.	Utgangspunkter	61
b.	Særlig om bearbeidelser	61
c.	Særlig om fellesverk	63
d.	Sammensatte verk og samleverk	65
e.	Rettighetsoverdragelse og rettighetsforvaltning	66
6.3.2	Nærstående prestasjoner	67
6.4	Inngrepsvurderingen	68
6.4.1	Åndsverk	68
a.	Utgangspunkter	68
b.	Plagiat og annen etterligning	68
c.	Grensen mot selvstendige verk	73
d.	Beskyttelse av verksdeler	76
6.4.2	Nærstående prestasjoner	76

Kapittel 7

Patentrett	78
7.1 Om patentretten – hensyn og grunnleggende prinsipper	78
7.1.1 Innledning	78
7.1.2 Grunnleggende hensyn og prinsipper i patentretten	79
7.2 Patentsøknaden og søknadsbehandlingen – hvordan må søknaden utformes, og hvordan må man gå frem for å oppnå patent?	82
7.2.1 Innledning	82
7.2.2 Patentmyndigheten	83

7.2.3	Patentsøknaden	83
a.	Patentsøknadens innhold	83
b.	Beskrivelsen	84
c.	Patentkravene	85
d.	Saksbehandlingen	91
e.	Endringer i patentsøknaden og forbudet mot utvidelse	91
f.	Protest, innsigelse, klage, domstolsprøving, administrativ patentbegrensning og administrativ overprøving	92
7.3	Materielle patenterbarhetsvilkår – hva kan patenteres og hvem kan søke patent?	93
7.3.1	Innledning	93
7.3.2	Oversikt over de materielle patenterbarhetsvilkårene	94
7.3.3	«Oppfinnelse» – særlig om kravene til teknisk karakter, teknisk effekt og reproduserbarhet	95
a.	«Oppfinnelse»	95
b.	Teknisk karakter	96
c.	Teknisk effekt	99
d.	Reproduserbarhet	99
e.	«noe som bare utgjør», patl. § 1 (2)	100
(i)	Generelt om unntaket for «noe som bare utgjør» ..	100
(ii)	Grensen mellom oppfinnelser og «oppdagelser» ...	101
(iii)	«Vitenskapelige teorier og matematiske metoder» ..	102
(iv)	«Planer, regler eller metoder for utøvelse av intellektuell virksomhet, for spill eller forretningsvirksomhet»	103
(v)	«Programmer for datamaskiner»	103
(vi)	«Kunstneriske frembringelser» og «fremleggelse av informasjon»	106
f.	Oppfinnelser «som kan utnyttes industrielt»	106
g.	Oppfinnelser som er unntatt fra patentering, patl. § 1 (4)–(6) og §§ 1a og 1b	107
(i)	Plantesorter og dyreracer	108
(ii)	Vesentlig biologiske fremgangsmåter for fremstilling av planter eller dyr	108
(iii)	Fremgangsmåter for kirurgisk behandling, terapi eller diagnostisering, som foretas på mennesker eller dyr	109

(iv)	Menneskekroppen og oppdagelse av menneskekroppens bestanddeler	112
(v)	Oppfinnelser hvis utnyttelse vil stride mot offentlig orden eller moral	112
7.3.4	Kravet til beskrivelse av oppfinnelsen («enabling disclosure»)	113
7.3.5	Kravene til nyhet og oppfinneshøyde	114
a.	Innledning	114
b.	Teknikkens stand – «hva som var kjent»	115
c.	Forskjellsvurderingen og fagpersonen	124
d.	Nyhet	126
e.	Oppfinneshøyde	129
(i)	Utgangspunkter	129
(ii)	Retningslinjer for skjønnsutøvelsen	130
(iii)	Fremgangsmåten for skjønnsutøvelsen – «problem and solution-approach»	134
(iv)	Objektive momenter	137
7.3.6	Patentrettens subjekt – patent må søkes av en som har rett til oppfinnelsen	139
a.	Hvem har rett til oppfinnelsen?	139
b.	Hva innebærer oppfinnerretten?	140
7.4	Patentkravenes omfang og inngrepsvurderingen – når foreligger det inngrep i et patent?	140
7.4.1	Innledning	140
7.4.2	Tolkningen av patentkravene – fastleggelsen av patentkravenes meningsinnhold	141
a.	Utgangspunkt – en objektiv tolkning av ordlyden i patentkravene	141
b.	Beskrivelsen og søknadskorrespondansen som tolkningsfaktorer	144
c.	Andre tolkningsfaktorer	147
7.4.3	Inngrepsvurderingen (identitetsvurderingen)	148
a.	Utgangspunktet for inngrepsvurderingen – «all elements rule»	148
b.	Ekvivalenslæren	149
(i)	Inngrepsgjenstanden må løse samme problem som oppfinnelsen	151
(ii)	Modifikasjonene må ha vært nærliggende for en fagperson	152

(iii) Inngrepsgjenstanden må ikke tilhøre den frie teknikk	153
c. Avhengighetspatenter	153

Kapittel 8

Designrett	155
8.1 Innledning	155
8.1.1 Et vern av utseende	155
8.1.2 Kort om vernets begrunnelse	158
8.1.3 Det internasjonale vern	160
a. Internasjonale konvensjoner	160
b. Designrett i EU	161
8.2 Vilkårene for gyldig designregistrering	162
8.2.1 Oversikt	162
8.2.2 Utseendet av et produkt eller del av et produkt	163
8.2.3 Design bestemt av teknisk funksjon	167
8.2.4 Nyhetskravet	169
a. Oversikt	169
b. Når en design anses gjort «allment tilgjengelig». Tilgjengeliggjøring som ikke ødelegger nyheten	170
c. Nærmere om identitetsvurderingen	172
8.2.5 Individuell karakter	173
a. Innledning	173
b. «Den informerte brukeren»	174
c. Hovedregel: direkte sammenligning	177
d. Helhetsinntrykket	178
e. «Designerens frihet»	179
f. En kort sammenligning med opphavsrettens originalitetskrav	182
8.3 Enerettens innhold og krenkelsesvurderingen	183

Kapittel 9

Varemerkerett og annen kjennetegnsrett	187
9.1 Rett til kjennetegn for varer eller tjenester i næringsvirksomhet ..	187
9.1.1 Hva er et varemerke?	187
9.1.2 Varemerkerettens formål	189
9.1.3 Kort om søknadsbehandlingen i Norge	191
9.1.4 Varemerkeretten i EU/EØS	192
a. Innledning	192
b. EU/EØS-rettslige kilder i norsk varemerkerett	194

9.2	Vilkårene for vern for varemerke	195
9.2.1	Det tosporede systemet	195
9.2.2	Vilkårene for registrering av varemerke	196
a.	Merket må kunne gjengis i varemerkeregisteret	196
b.	Kravet om distinktivitet	197
(i)	Innledning. Friholdelsesbehovet	197
(ii)	Gjennomsnittsforbrukeren	199
(iii)	Kravet til særpreg	200
(iv)	Forbudet mot registrering av beskrivende merker ..	203
c.	Erverv av særpreg gjennom bruk	209
d.	Tredimensjonale varemerker. En vares form som varemerke	211
e.	Registreringshindre	214
f.	Opphør av registrert varemerkerett	218
9.2.3	Vern gjennom innarbeidelse	221
9.3	Varemerkerettens innhold	224
9.3.1	Varemerkeretten er en forbudsrett	224
9.3.2	Territorialprinsippet	225
9.3.3	«Bruk» av varemerket	225
a.	Bruk «i næringsvirksomhet»	225
b.	Bruk «for varer eller tjenester»	226
9.3.4	Identisk merke brukt for identiske varer eller tjenester, varemerkeloven § 4 første ledd (a)	229
a.	Identitetsvurderingen	229
b.	Bruken må forstyrre varemerkerettens funksjoner	230
9.3.5	Bruk som medfører risiko for forveksling, varemerkeloven § 4 første ledd (b)	233
a.	Rammene for vurderingen	233
b.	Kjennetegnlikhet	236
c.	Vareslagslikhet	241
9.3.6	Utvidet vern for velkjente merker, varemerkeloven § 4 annet ledd	243
9.4	Kort om foretaksnavn	246
9.5	Kort om domenenaavn	247

DEL III	
VERN ET MOT ILLOJAL KONKURRANSE OG	
VERN AV FORRETNINGSHEMMEIGHETER	249

Kapittel 10

Utvikling av og historisk overblikk over vernet mot illojal konkurranse og vern av forretningshemmeligheter	251
--	------------

Kapittel 11

Vern av forretningshemmeligheter	254
11.1 Innledning	254
11.2 Vernets innhold – hovedtrekk	257
11.3 Hva kan vernes som forretningshemmelighet?	260
11.4 Særlig om rettsstridsvilkåret – «urettmessig»	263

Kapittel 12

Etterligningsvernet i markedsføringsloven § 30	265
12.1 Innledning	265
12.2 Hva kan vernes etter markedsføringsloven § 30 – og for hvem?	266
12.3 «Krenkelsesvurderingen»	267
12.3.1 «Etterlikning»	267
12.3.2 Forvekslingsfare	268
12.3.3 Urimelig utnyttelse	270

Kapittel 13

Villedende forretningsmetoder	274
--	------------

Kapittel 14

Nærmere om markedsføringslovens generalklausul (§ 25)	279
14.1 Generelt om klausulen	279
14.2 Noen typetilfeller	281
14.2.1 Bruk og etterlikning av andres produkter, tjenester og kjennetegn	281
14.2.2 Nedsettende omtale av konkurrenter	287
14.2.3 Oppstart av konkurrerende virksomhet	289
14.2.4 Inngrep i andres kontraktsforhold	290

DEL IV	
KONKURRANSERETT	291
Kapittel 15	
Innledning	293
Kapittel 16	
Introduksjon til norsk konkurranserett	296
16.1 Historisk norsk pris- og konkurranselovgivning	296
16.2 Konkurranserettslige hensyn	300
16.3 Forbudsregler og inngrepsregler	304
16.4 Offentlig håndheving	308
16.5 Privat håndheving	311
Kapittel 17	
Forbudet mot konkurranseskadelig samarbeid	314
17.1 Innledning	314
17.2 Samarbeidsvilkårene	315
17.3 Formålsvilkåret	321
17.3.1 Innledning	321
17.3.2 Formålsvurderingen	322
17.3.3 Konkurrentsamarbeid	325
17.3.4 Ikke-konkurrentsamarbeid	333
17.4 Virkningsvilkåret	336
17.4.1 Innledning	336
17.4.2 Virkningsvurderingen	336
17.4.3 Konkurrentsamarbeid	340
17.4.4 Ikke-konkurrentsamarbeid	342
17.5 Et merkbarhetsvilkår?	345
17.6 Individuelle unntak	348
17.7 Gruppeunntak	352
Kapittel 18	
Forbudet mot misbruk av markedsdominans	356
18.1 Innledning	356
18.2 Dominansvilkåret	357
18.3 Misbruksvilkåret	366
18.4 Misbrukstyper	368
18.4.1 Innledning	368

18.4.2 Innelåsende eksklusjonsmisbruk	369
18.4.3 Prisbaserte eksklusjonsmisbruk	371
18.4.4 Delingsnektende eksklusjonsmisbruk	373
18.4.5 Direkteskadende eksklusjonsmisbruk	375
18.4.6 Fordelsskapende eksklusjonsmisbruk	376
18.4.7 Diskriminerende misbruk	377
18.4.8 Utnyttende misbruk	378
18.5 Misbruksvilkårets skranker	380

Vedlegg

«Case» for markedsrett valgfag (JUR1285).....	389
---	-----

Forfatteromtaler	395
------------------------	-----

Litteratur	397
------------------	-----

Bilderegister	402
---------------------	-----

Norsk rettspraksis	411
--------------------------	-----

Norske forvaltningsavgjørelser.....	414
-------------------------------------	-----

EU- og EØS-praksis	416
--------------------------	-----

Utenlandsk rettspraksis	422
-------------------------------	-----

Det europeiske patentverket (EPO)	423
---	-----

Stikkordregister	425
------------------------	-----

Del I

Innledning

Kapittel 1

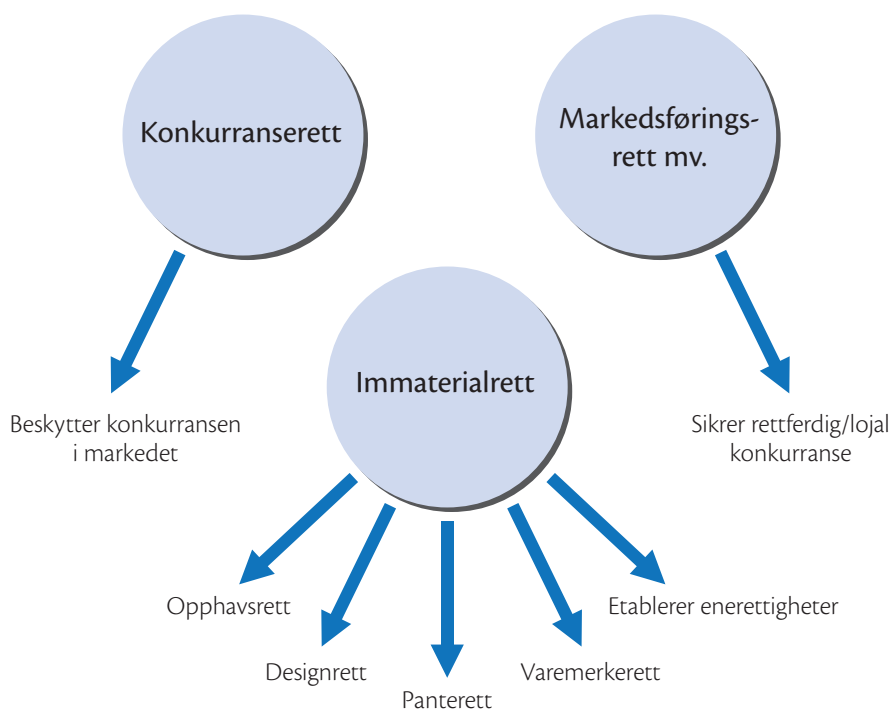
Hva er «markedsrett»?

En bedrift som har lagt ned mange arbeidstimer og penger i produktutvikling og markedsføring, vil ønske å skjerme sine investeringer på forskjellige måter. Dels vil den være lite interessert i at konkurrerende virksomheter skal kunne selge og markedsføre de samme eller lignende produkter uten å bære tilsvarende kostnader selv. Konkurransefortrinnet ved å være først på markedet med et produkt blir fort til en konkurranseulempe dersom konkurrenten kan kopiere uten andre kostnader enn selve produksjonskostnadene. Dels vil bedriften være interessert i å beskytte så vel sitt eget navn som produktnavnene og andre kjennetegn som benyttes for at kundene skal kunne kjenne igjen produktene. Dette har med såkalt «branding» eller, med et norsk ord, merkevarebygging å gjøre. Lovgivningen beskytter de nevnte interessene i betydelig utstrekning. Samtidig er konkurranse mellom foretak et viktig element i markedsøkonomien som også er beskyttet av lovgivningen. I denne boken skal vi se nærmere på sammenhengen i de forholdene som her kort er påpekt, og enkelthetene i den rettslige reguleringen av disse forholdene.

Det dreier seg her om rettsregler som regulerer markedsaktørers opptreden i markedet. Vi kan, sett fra én synsvinkel, tale om *konkurranserett i vid forstand*. I tidligere nordisk rett ble uttrykket «konkurranserett» benyttet om *reglene om illojal konkurranse* som i Norge var regulert av en særlig lov om utilbørlig konkurranse av 1922 før slike regler i 1972 ble innlemmet i markedsføringsloven. Reglene, som er videreført i dagens markedsføringslov (mfl., l. 2/2009), inneholder et generelt forbud mot handlinger som strider mot god forretningsskikk, og et spesielt forbud mot produktetterligninger, blant annet. Videre har de såkalte *immaterialrettighetene* – patentrett, opphavsrett, varemærkerett og annen kjennetegnsrett, designrett, for å nevne noen – også blitt ansett som en del av konkurranseretten i denne forstand.¹ Felles for immaterialrettighetene er at de gir enerettigheter knyttet til nærmere bestemte prestasjoner i vid forstand. Og det ligger implisitt i enerettigheters natur at de i noen utstrekning skjermer rettighetshaverne for konkurranse, uten at man av den grunn bør omtale rettighetene

1 Jf. Knoph 1936 s. 563–565, Kobbernagel 1944 s. 295, Koftvedgaard 1965 s. 275 flg.

som monopoler.² Betegnelsen konkurranserett benyttes imidlertid vanligvis i en annen, og snevrere, betydning i dag, nemlig som betegnelse på reglene som skal beskytte selve konkurransen og motvirke uberettigede begrensninger på konkurransen (på engelsk «competition law»). Vi har da også en egen lov om dette som nettopp betegnes som konkurranseloven (2004). For å unngå forvirring har enkelte forfattere benyttet betegnelsen «markedsrett» som en fellesbetegnelse på «de regler og retlige sammenhænge, som til sammen normerer markedets retlige funksjonsvilkår».³ I praksis omfatter «markedsrett» med en slik innfallsvinkel tre hovedrettsområder – konkurranseretten, regler om illojal konkurranse og immaterialretten. Vi kan her tale om markedsrettens tre søyler.



Figur 1 Markedsrettens tre søyler

Heller ikke uttrykket «markedsrett», som forstått på denne måten, er uten betenkeligheter. Det er mange andre regler som har regulering av markedsbetingelsene som sitt primære nedslagsfelt, og ytterligere andre som kan sies å ha

² Jf. Rognstad 2018 s. 60–61.

³ Madsen 2018 s. 22, jf. også Bernitz 1969 s. 62, om enn med en litt annen angivelse av begrepsinnhold.

stor innvirkning på dem. I førstnevnte kategori finner man blant annet regler som legger begrensninger på offentlige myndigheters adgang til å hindre eller begrense markedsadgangen for varer og tjenester og til å vri konkurransen i markedet. Vi tenker her på EU-reglene om fri bevegelighet av varer og tjenester som er gjort til norsk rett gjennom EØS-loven, de tilsvarende reglene om statsstøtte og reglene om offentlige anskaffelser. Slike regler faller også naturlig inn under betegnelsen «markedsrett», og vi kan for så vidt tale om markedsrettens fjerde søyle. I sistnevnte kategori faller for eksempel kontraktsretten ettersom avtaler og kontrakter er helt nødvendige instrumenter for transaksjoner i markedet. Det samme gjelder tingsretten ettersom fysiske ting også er viktige innsatsfaktorer med betydning for konkurransen i markedet. Videre har offentlige reguleringer i seg selv stor betydning for markedsforholdene og konkurransen i markedet – for eksempel skattereguleringer, konsesjonsordninger og andre tillatelsesordninger for å drive virksomhet, forbrukerbeskyttelsesregler osv.

I videste forstand kan alle de nevnte rettsområdene forsvare en plass under betegnelsen «markedsrett». Rent rettsystematisk er det imidlertid lite å tjene på å behandle alle disse områdene under ett, og det ville også sprengte enhver fornuftig ramme for en fremstilling. I denne boken vil vi konsentrere oss om markedsrettens tre søyler, som beskrevet ovenfor, og benytte betegnelsen «markedsrett» i denne snevre forstand. Samtidig får man ta høyde for at samme betegnelse også kan benyttes i en videre forstand i andre sammenhenger.⁴

4 Jf. f.eks. Bernitz 1969.

Kapittel 2

Nærmere om forholdet mellom markedsrettens tre søyler

Som påpekt innledningsvis gjelder alle tre «søylene» av markedsretten konkurranseforholdene i markedet. Tilsynelatende er det en motstrid mellom dem. Mens immaterialretten og markedsføringsretten beskytter markedsaktører mot konkurranse, beskytter konkurranseretten selve konkurransen med forbud mot konkurransebegrensende avtaler og handlinger. Motstriden er imidlertid i første rekke tilsynelatende. Det vil si, fra et statisk perspektiv er den reell fordi enerettigheter og forbud mot produktetterligninger mv. begrenser konkurransen på kort sikt. Men i et dynamisk perspektiv løser konflikten i stor utstrekning seg opp, for en viss beskyttelse er nødvendig for at det skal investeres i ny produksjon av varer og tjenester. Med andre ord kan beskyttelsen etter immaterialretts- og markedsføringslovgivningen gi nødvendige incentiver til ny produksjon, som igjen er en forutsetning for at det skal være konkurranse i markedet. Ut fra et slikt perspektiv hindrer ikke de nevnte reglene konkurransen i markedet – tvert imot fremmer de den.

Selv om det dermed ikke er noe nødvendig og umiddelbart konfliktforhold mellom markedsrettens tre søyler, kan foretakenes *handling* likevel komme i konflikt med konkurransereglene. Som Knoph fremhevet allerede i 1936, har ikke immaterialretsreglene eller vernet mot illojal konkurranse noen immunitet eller preferansestilling overfor konkurransereglene.⁵ Dette er ytterligere opplagt etter dagens regler, som er sterkt preget av EØS-avtalen og EU-domstolens praksis. Det siste kommer vi nærmere tilbake til i kap. 3. EU-domstolen har i alle fall i flere saker understreket at *utøvelse* av enerettsposisjoner, f.eks. gjennom immaterialrettslovgivningen, *kan* komme

Et eksempel fra «casen» i faget Markedsrett ved UiO: Reklamebyrået Creative Development (CD) har brukt ressurser på å utvikle en tjeneste basert på en fremgangsmåte for gjennomføring av reklamekampanjer. Tjenesten kan tenkes å være beskyttet av immaterialrettslovgivningen, eventuelt ha beskyttelse etter markedsføringsloven. I lisensavtalen CD inngår med sine kunder (lisensstakere), forbys de å selge tjenester til en lavere pris enn 90 000 kr, samtidig som de får en eksklusiv rett til å promotere og distribuere tjenesten innenfor sitt geografiske område. Selv om tjenesten er beskyttet, blir det spørsmål om CDs vilkår er i samsvar med konkurransereglene.

5 Knoph 1936 s. 566 flg.

i konflikt med konkurransereglene selv om rettighetenes *eksistens* er uberørt.⁶ Derfor må man alltid ta stilling til om foretakenes handlinger er i strid med konkurransereglene selv der det er tale om utnyttelse av lovbestemte enerettigheter.

Når det gjelder forholdet mellom immaterialrettighetene og markedsføringslovens regler om illojal konkurranse, er utgangspunktet at de sistnevnte kan supplere de førstnevnte. Det første spørsmålet man får stille seg, er om en frembringelse kan beskyttes av en eller flere immaterialrettigheter. Særlig for det tilfellet at den ikke kan det, eventuelt at det er tale om andre handlinger som ikke dekkes av immaterialrettighetene, vil markedsføringslovens regler kunne påberopes og anvendes. Det gjelder f.eks. forbudet mot produktetterligninger i markedsføringsloven (mfl.) § 30, det generelle forbudet mot handlinger i strid med god forretningsskikk i § 25 – den såkalte generalklausulen – og forbudet mot villedende forretningsmetoder i § 26. Tidligere inneholdt markedsføringsloven også bestemmelser om vern av forretningshemmeligheter mv. (mfl. §§ 28 og 29), men de er nå opphevet til fordel for en egen lov om forretningshemmeligheter (l. 15/2020). Alle de nevnte reglene kan tenkes anvendt i tillegg, eller i stedet for, immaterialretsreglene.

For å bygge videre på eksempelet ovenfor: CD kaller sin tjeneste SalEstim. Tjenesten oppnår suksess, og to konkurrenter går sammen om å etablere en tilsvarende tjeneste under navnet Esteem. Her blir det først et spørsmål om CD kan påberope seg noen immaterialrettsbeskyttelse overfor konkurrentens handlinger. Aktuelle grunnlag er åndsverklovens opphavsrettsbeskyttelse for åndsverk, patentlovens beskyttelse av oppfinnelser for ulike aspekter ved tjenesten og varemerkeloven mot bruk av navnet. I tillegg kan det vurderes om forbudet mot produktetterligninger i mfl. § 30 kan anvendes, eventuelt også generalklausulen i mfl. § 25. CD kan også tenkes å holde elementer ved tjenesten hemmelig og dermed oppnå beskyttelse etter loven om forretningshemmeligheter.

Det nærmere forholdet mellom regelsettene vil bli problematisert nedenfor, men utgangspunktene er med dette angitt.

6 Første gang i forente saker C-56/64 og C-58/64 (Consten & Grundig).

Kapittel 3

Juridisk metode og rettskilder i markedsretten

3.1 Kort og generelt om juridisk metode

I denne boken tar vi sikte på å fremstille sentrale regler innenfor rettsområdet «markedsrett» slik vi har definert det foran. En fremstilling av gjeldende regler innebærer bruk av juridisk metode. Overfor dem som ikke er vel bevandret i denne metoden, men likevel ønsker å tilegne kunnskaper om rettsområdet, kan det være hensiktsmessig med noen ord om dette. Samtidig må det henvises til spesiallitteraturen for nærmere redegjørelser.⁷

Ved spørsmål om hvordan man finner frem til, eller kanskje rettere argumenterer for, hvordan gjeldende regler skal forstås, må man ta utgangspunkt i grunnlaget for reglene. Svært mange regler som gjelder i Norge, er vedtatt av Stortinget som såkalt formelle lover (jf. Grunnloven (Grl.) § 75 bokstav a og § 49). Det er tilfellet for hele det rettsområdet som vi behandler i denne boken.

Som vi skal se, lar imidlertid ofte ikke rettsstilstanden, og svar på alle tolkningsproblemer som oppstår, seg lese ut av lovteksten. Det er behov for en bredere og mer omfattende tolkningsprosess med grunnlag i de såkalte *rettskildene*. Ordet rettskilde betegner her de kildene som anses som bærere av juridisk relevante argumenter.⁸ *Lovteksten* er i seg selv en rettskilde, men som sagt gir ikke den alltid svar. Loven må derfor tolkes. I norsk rett er det tradisjon for å finne støtte i de såkalte *lovforarbeidene*, det vil si forskjellige dokumenter i lovprosessen som ligger forut for selve lovforslaget. Forarbeidene kaster lys over hvorfor loven er som den er, for eksempel hvorfor spesielle ord og uttrykk er valgt, og ikke minst hva som er reglenes formål. Forarbeidene anses med andre ord som en rettskilde som benyttes ved tolkningen av loven. Videre tolkes loven også på bakgrunn av *rettspraksis*, ikke minst praksis fra Høyesterett som ifølge Grl. § 88 dømmer i siste instans. Høyesteretts dommer er med andre ord en

7 For innførende fremstillinger, se f.eks. Mestad 2019, Andenæs 2009, Boe 2012, Mæhle/Aarli 2017.

8 Av og til bruker man også uttrykket «rettskildefaktor» som ble innført av Torstein Eckhoff, se Eckhoff 2001 s. 22–23. Om forholdet mellom betegnelsene, se også f.eks. Mæhle/Aarli 2017 s. 223–224.



Markedsretten omfatter i praksis tre hovedrettsområder: konkurranse-retten, reglene om illojal konkurranse og immaterialretten. I denne boken knytter forfatterne de ulike rettsområdene sammen på en pedagogisk måte og viser hvordan markedsretten gjør seg gjeldende.

På hvilke måter kan en bedrift som har lagt ned store ressurser i produkt-utvikling og markedsføring, skjerme sine investeringer? I hvilken grad kan bedriften forhindre konkurrerende virksomheter fra å selge og markedsføre de samme eller liknende produkter uten å bære tilsvarende kostnader? Hvordan kan bedriften beskytte eget navn og produktnavn og andre kjen- netegn slik at kundene kjenner igjen produktene til bedriften? Boken om- handler regler som har betydning for denne type problemstillinger. Den har også en rekke praktiske eksempler og oppgaver og kan brukes som inngangsport til en større fordypning i markedsrettens fagområder.

Ole-Andreas Rognstad, Harald Irgens-Jensen, Kristina Stenvik, Inger Berg Ørstavik og Eirik Østerud underviser ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. Forfatterne har bred erfaring med de fagområdene boken omhandler.

ISBN 978-82-15-04328-9



9 788215 043289